

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CÂMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE CIÊNCIAS AGRÁRIAS E HUMANAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

CARLA MURIEL CASTILHO

**CORTANDO O MAL PELA RAIZ: PONTOS E CONTRAPONTOS DOS
ARGUMENTOS ENSEJADORES DA PEC 171/1993**

PONTES E LACERDA – MT

2018

CARLA MURIEL CASTILHO

**CORTANDO O MAL PELA RAIZ: PONTOS E CONTRAPONTO DOS
ARGUMENTOS ENSEJADORES DA PEC 171/1993**

Monografia apresentada como requisito básico para conclusão do Curso de Bacharelado em Direito à Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT, sob a orientação do Professor Gean Carlos Balduino Júnior.

PONTES E LACERDA – MT

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

CARLA MURIEL CASTILHO

CORTANDO O MAL PELA RAIZ: PONTOS E CONTRAPONTO DOS ARGUMENTOS ENSEJADORES DA PEC 171/1993

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito básico para conclusão do Curso de Bacharelado em Direito à Universidade do Estado de Mato Grosso.

Em 28/11/2018, a banca examinadora considera aprovado o Trabalho de Conclusão de Curso da Acadêmica Carla Muriel Castilho, para obtenção do Grau de Bacharela em Direito.

Prof. Gean Carlos Balduino Júnior
Orientador – Universidade do Estado de Mato Grosso

Profa. Ma. Stefânia Fraga Mendes
Examinadora – Universidade do Estado de Mato Grosso

Prof. Will Robson Soares de Souza
Examinador – Universidade do Estado de Mato Grosso

"Se não vejo na criança, uma criança, é porque alguém a violentou antes e o que vejo é o que sobrou de tudo que lhe foi tirado".

(Hebert de Souza)

Ao meu orientador, Gean Carlos Balduino Junior, que além de excelente profissional mostrou-se uma pessoa maravilhosa e amigo fiel.

AGRADECIMENTOS

Agradeço...

A Deus, por nunca me abandonar nesta trajetória, colocando anjos em forma de humanos em meu caminho, que me deram força e coragem para ir atrás de meus sonhos. A ti toda honra e toda glória, meu Pai!

A minha mãe e ao meu pai, por fingirem não sentir saudade, dor e sofrimento pela minha ausência e ainda, conseguirem estar ao meu lado mesmo há mais de quatrocentos quilômetros de distância. A vocês gratidão e amor eterno!

A minha irmã, que mesmo sendo mais nova mostrou-se responsável e dedicada, cedendo cuidados a mim sempre que precisei e, carregando nas costas tarefas diárias pois encontrava-me ausente neste último semestre. Amo-te!

Ao meu namorado, por sempre apoiar minhas decisões sacrificando a si mesmo, afinal, de seis anos que estamos juntos, quatro foram a distância. Amo-te!

Aos meus avós Iracema, José e Maria, por todas orações, ligações telefônicas e palavras mágicas expressas quando eu mais precisei. Que Deus os abençoe!

Aos meus familiares, em especial meu irmão Geverson, minha cunhada Joice, meus tios Antônio, Elinir, Helena e Claudiomiro, que sofreram e comemoraram comigo.

A "família campex" (Jéssica, Moisés, Daniela, Bruna, Sheslei, Aline e Beatriz), que me ajudaram e ensinaram no primeiro ano em que residi aqui em Pontes e Lacerda/MT.

A Cláudia Bizerra, por me receber em sua residência - sem sequer me conhecer -, durante um semestre em que tive aulas na cidade e não tinha onde ficar.

Ao doutor Ricardo Bosquesi e sua esposa Danny Cecília, por me acolherem como filha e prestarem toda atenção, ajuda, dedicação, amor e carinho que precisei.

Ao Joaquim, pela paciência, dedicação e ensinamento durante os onze meses em que estagiei na Defensoria Pública de Estado de Mato Grosso.

A equipe de servidores do Ministério Público do Estado de Mato Grosso (Laís, Juliana, Aline, Felipe, Walter, Jacir, Elivelton, Clemilton e Ediléia), pelos ensinamentos, acolhida, amizade e apoio e, ao doutor Paulo Alexandre Alba Colucci por acreditar na minha capacidade e dedicar seu tempo sanando minhas dúvidas.

Ao meu orientador, Gean Carlos Balduino Júnior, por tornar-se um amigo especial e dedicar-se em sua totalidade a mim, às minhas dúvidas e meus problemas particulares. Gratidão a ti, por ser essa pessoa maravilhosa.

Aos professores da Universidade do Estado de Mato Grosso, por partilharem conhecimentos e conselhos que contribuíram não apenas em minha formação acadêmica, mas também em minha vida.

Aos colaboradores do campus de Pontes e Lacerda, em especial à Noêmia e ao Rafael, por sempre dedicaram além de si a nós discentes.

A Universidade do Estado de Mato Grosso, pela oportunidade de cursar o curso dos meus sonhos gratuitamente e, colocar pessoas tão especiais em meu caminho.

Aos anjos que Mato Grosso colocou em minha vida, tendo cada um me ajudado de forma única e especial: Rodrigo, Andreia, Patrícia Biso, Eduardo, Adriano, Will, Patrícia Santana, Caroline Delibert, Irio, Carolina Miranda, Fernando, Stéphan, Danilo Gonçalves, Antônio, Danilo Coelho, Rayssa, Sherlyane, Daniely, Jéssica, Maicon, Reinaldo, Leila, Roberto Júnior, Rosenir, Larissa, Thamyres, Lucinéia, Nathália, Sueli, Renata, Benilton, Diangri, Aretusa, Mara, Celso, Roberto Rozanski, dentre outros.

Gratidão eterna a todos vocês!

RESUMO

CORTANDO O MAL PELA RAIZ: PONTOS E CONTRAPONTO DOS ARGUMENTOS ENSEJADORES DA PEC 171/1993

O presente trabalho foi realizado com o intuito de analisar os argumentos apresentados pela Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 171 de 1993, a qual tem por objetivo reduzir a inimputabilidade penal para dezesseis anos, aplicando-se aos adolescentes que possuem a referida idade as sanções impostas atualmente àqueles que têm dezoito anos ou mais. Assim, busca-se com esta pesquisa contrapor os motivos apresentados como justificadores da redução da maioridade penal brasileira, objetivando-se concluir se tal medida mostra-se eficaz quanto a redução da prática de atos infracionais por adolescentes, bem como em conformidade com as legislações vigentes no Brasil. Apresenta-se importante a análise a ser elaborada no presente trabalho, uma vez que há previsão constitucional – por muitos considerada também cláusula pétrea –, estabelecendo a inimputabilidade penal aos menores de dezoito anos. Logo, por meio de análise comparativa das justificativas que ensejaram a PEC 171/1993, com os fundamentos versados na doutrina no âmbito do direito da criança e do adolescente, restará demonstrado a fragilidade dos argumentos mencionados, que não se sustentam quanto à redução da inimputabilidade penal pleiteada.

Palavras-chave: redução da maioridade penal; inimputabilidade penal; dezesseis anos; PEC 171/1993.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF: Constituição Federal de 1988

CONANDA: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente

FEBEM: Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor

FUNABEM: Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor

IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito da Família

ONU: Organização das Nações Unidas

PEC: Proposta de Emenda Constitucional

SINASE: Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo

STF: Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1: EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS À PESSOA DO ADOLESCENTE.....	12
CAPÍTULO 2: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A ATUAL VISÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	20
CAPÍTULO 3: PONTOS E CONTRAPONTOS DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 171 DE 1993.....	28
CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por finalidade verificar os motivos que ensejaram a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 171/1993, bem como os fundamentos utilizados para a sua apresentação, buscando-se analisar seus contrapontos, argumentos e fundamentos contrários, para então constatar sua legitimidade. Importa salientar que a proposta em questão busca a alteração do artigo 228 da Constituição Federal de 1988 – o qual considera inimputáveis os menores de dezoito anos –, reduzindo, portanto, tal imputabilidade para dezesseis anos.

Verifica-se, assim, que a PEC 171/1993 dará ensejo não só à alteração do próprio texto constitucional, no que diz respeito à redução da maioria penal brasileira, mas consequentemente também do Código Penal – em seu artigo 27 – e o Estatuto da Criança e do Adolescente – artigo 104 da Lei 8069, de 13 de julho de 1990 –, os quais estabelecem e consideram de igual forma o insculpido no artigo 228 da Constituição.

Percebe-se, então, que a referida proposta, além das alterações específicas citadas, tem o condão de aplicar também aos adolescentes de dezesseis e dezessete anos, caso venham a cometer delitos penalmente tipificados durante esta faixa etária, as penas estabelecidas no Código Penal brasileiro, desconsiderando em sua totalidade a proteção que se aplica a eles, em decorrência dos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, previstos e norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Contudo, apesar de toda essa questão envolvendo a prática de atos infracionais – os quais, na vigência da PEC 171/1993 serão tratados como crimes, já que os adolescentes passariam a ser penalmente imputáveis – há que se mencionar também que o Estatuto da Criança e do Adolescente já possui medidas ou providências que devem ser adotadas quando do cometimento de atos infracionais por crianças e adolescentes, sendo estas estabelecidas, respectivamente, nos seus artigos 101 e 112: a) medidas de proteção, aplicadas às crianças; e b) medidas socioeducativas, aplicadas aos adolescentes.

Ademais, justifica-se essa pesquisa pelo fato de existir na sociedade a ideia – oriunda do senso comum, portanto – de que não há punição aos menores infratores por conta de não possuírem a maioria penal. Por consequência, a sociedade como um todo deposita no sistema penal toda a sua crença de melhoria da própria sociedade, como se o objetivo fosse única e exclusivamente a punição do sujeito que comete crimes (deixando de lado todo o viés ressocializador atinente às penas), de modo que a ausência de punição explícita ou o sentimento da sua falta, como ocorre com os adolescentes no âmbito das medidas

socioeducativas, enseja a descrença na justiça e, subsidiariamente da aplicação do ECA, discurso que tem reverberado nos mais altos escalões¹.

Para tanto, visando analisar a efetividade da PEC 171/1993, estabelece-se como critérios de pesquisa: se a redução da maioria penal é a melhor opção para diminuir a prática de atos infracionais no Brasil e se existe atualmente tal impunidade ao menor infrator pelos delitos por ele praticados.

No que diz respeito aos seus objetivos, a presente pesquisa pretende, de forma geral, analisar os motivos que ensejaram a Proposta de Emenda Constitucional 171/1993, bem como os argumentos e fundamentos vigentes atualmente que contrapõem sua justificativa. Em outras palavras, o objetivo principal da presente pesquisa é desconstruir as justificativas apresentadas pela proposta, baseando-se nos fundamentos jurídicos e legais vigentes atualmente em nosso país, de modo a demonstrar que inexistente respaldo legal ou jurídico para a sua vigência. De outro turno, os objetivos específicos permeiam às seguintes questões, concernentes à redução da maioria trazida pela PEC 171/93: a) se é a medida mais viável a ser adotada ao se tratar de redução da criminalidade; b) se se encontra em conformidade com as previsões legais elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na Constituição Federal de 1988; e c) se de fato atingirá o objetivo originário do Projeto alhures mencionado.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa, a metodologia utilizada consistirá na análise do Projeto de Emenda Constitucional 171/1993, por meio de discussões teóricas e doutrinárias, bem como artigos científicos, utilizando-se portanto, do método dedutivo por tratar-se de análise comparativa de teorias.

Assim sendo, abordar-se-ão os argumentos motivadores da Proposta de Emenda Constitucional 171/1993 e as justificativas nela apresentadas, como também os seus contrapontos defendidos doutrinariamente, buscando-se concluir se a redução da maioria penal para a idade de dezesesseis anos encontra-se de acordo com as legislações atuais, bem como é o melhor caminho a ser tomado, ao falar-se em redução da prática de atos infracionais no Brasil.

¹ Conforme afirmação do candidato eleito para a presidência do Brasil, "Bolsonaro diz que ECA deve ser 'rasgado e jogado na latrina'", Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/bolsonaro-diz-que-eca-deve-ser-rasgado-jogado-na-latrina-23006248>>. Acesso em 13 nov. 2018.

CAPÍTULO 1: EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS À PESSOA DO ADOLESCENTE

Inicialmente, demonstra-se plausível abordar a evolução do tratamento constitucional ao menor de idade no Brasil, o qual ao longo dos anos por meio de alterações legislativas, bem como influência do direito externo, tornou-se titular de direitos e garantias constitucionais inalienáveis e irrenunciáveis, estando atualmente protegidos em sua totalidade por tratarem-se de cláusulas pétreas². Tais cláusulas, previstas no rol do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, foram estabelecidas pelo constituinte originário como questões que não são passíveis de modificação por meio de emenda em seu texto, dentre as quais se tem a impossibilidade de se abolir os direitos e garantias individuais (inciso IV).

Embora atualmente a criança e o adolescente sejam tidos como sujeitos de direitos e garantias nacional e internacionalmente, tais benefícios não foram reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro desde seu início. Sendo assim, a primeira previsão de responsabilização penal à criança e ao adolescente no Brasil deu-se pelas Ordenações Filipinas – as quais vieram de Portugal durante o processo de colonização. Neste viés, o marco de responsabilidade penal dava-se por influência da Igreja Católica, ao estabelecer a idade de sete anos para o início do estudo dos seus dogmas, por meio do catecismo, sendo esta idade a mesma considerada pelo Estado para a responsabilização penal do infrator, impossibilitando a este – até os dezessete anos de idade apenas –, a pena de morte como meio de responsabilização:

Em síntese: no início do século XIX, quando Dom João VI aportou o Brasil, a imputabilidade penal iniciava-se aos sete anos, eximindo-se o menor da pena de morte e concedendo-lhe redução da pena. Entre dezessete anos e vinte e um anos havia um sistema de "jovem adulto", o qual poderia ser até mesmo condenado à morte, ou, dependendo de certas circunstâncias, ter sua pena diminuída. A imputabilidade penal plena ficava para os maiores de vinte e um anos, a quem se cominava, inclusive, a morte em certos delitos³.

Contudo, a mesma pena poderia ser aplicada aos maiores de quatorze anos que cometessem o crime de falsificação de moeda. Assim sendo, o indivíduo – praticante de alguma conduta delituosa – que possuísse idade entre sete e dezessete anos, recebia o mesmo tratamento punitivo aplicado ao maior de dezoito anos, recaindo sobre aquele uma única

² Cláusula Pétrea. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/clausula-petrea>>. Acesso em 18 out. 2018.

³ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Responsabilidade Penal, da indiferença à proteção integral**, 5º Edição, Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 31.

benesse, certa atenuação na aplicação da pena⁴, qual seja a redução da pena de acordo com o livre arbítrio do julgador⁵.

Posteriormente, no Brasil, em substituição às Ordenações Filipinas, tem-se a vigência da Constituição de 1824, elaborada, portanto, no período do império. Tal Carta Magna é considerada a mais antiga do mundo – depois da americana – por permanecer em vigor por sessenta e cinco anos, bem como a mais eficaz quanto a instabilidade política e social existente à época e ser responsável pelo processo de evolução de toda a Monarquia, sendo a que mais perdurou dentre as que já vigoraram no Brasil⁶. Apesar de tudo isso, a Constituição de 1824 não estabelecia direitos e garantias específicos aos menores de idade, ou sequer distinguia-os dos demais, possuindo apenas uma única previsão, em seu artigo 121⁷, referente à menoridade do Imperador, que cessava aos dezoito anos.

Partindo-se para a legislação ordinária, a Lei de 16 de dezembro de 1830 – Código Criminal vigente à época, advindo da Constituição de 1824 –, estabelecia em seu artigo 10, § 1º, que os menores de quatorze anos não seriam julgados criminosos⁸, entendendo-se portanto, esta como marco de inimputabilidade penal. Em contrapartida à previsão mencionada, o artigo 13 da legislação citada aduz que se restasse provado que o menor de quatorze anos possuía discernimento quanto à reprovabilidade da sua conduta, ao cometê-la, deverá ser recolhido às casas de correção⁹, havendo assim, uma condição à inimputabilidade dos menores de quatorze anos, qual seja, reconhecer a ilicitude do ato que cometeu.

Após o longo período que perdurou a Carta Magna de 1824, surge a Constituição de 1891, trazendo consigo a alteração do governo – anteriormente Império e a partir de então República – e caracterizando-se como a mais concisa das demais¹⁰, pois estruturava-se em sessenta e um artigos e oito disposições transitórias. Tal diploma trouxe em seus dispositivos uma considerável evolução – quando comparada com a Carta Magna de 1824 – aos direitos e garantias individuais de modo geral, incluindo tais benefícios aos estrangeiros residentes no

⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos**, 2017, 10ª Edição, Saraiva, p. 49.

⁵ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Responsabilidade Penal, da indiferença à proteção integral**, 5ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 31.

⁶ NOGUEIRA, Octacíano. **Constituições Brasileiras**, Volume I, 1824, Brasília/DF. 3ª Edição, Senado Federal, 2015, p. 10.

⁷ "Art. 121. O Imperador é menor até á idade de dezoito annos completos."

⁸ "Art. 10. Tambem não se julgarão criminosos: 1º Os menores de quatorze annos."

⁹ "Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos."

¹⁰ BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras**, Volume II, 1891, Brasília/DF. 3ª Edição, Senado Federal, 2015, p. 28.

Brasil¹¹. Entretanto, os direitos e garantias insculpidos na Constituição de 1891 podem ser aplicados implicitamente¹² – através da interpretação de seu artigo 78 – às crianças, uma vez que este dispositivo ressalta a não exclusão de direitos e garantias consolidados pelos princípios norteadores a própria constituição, mesmo que não expressos nela¹³.

Sendo assim, verifica-se que mesmo sendo considerada uma evolução, a Constituição de 1891 por estabelecer alguns direitos e garantias individuais aos residentes no país – incluindo os estrangeiros –, não se teve cuidado ou não observou em especial à tutela dos direitos das crianças e adolescentes, aplicando-se a estes tal proteção apenas por analogia.

Por outro lado, encontrava-se vigente à época, logo após a Proclamação da República, Código Penal de 1890 – Decreto 847, de 11 de outubro de 1890 –, o qual estabelecia em seu artigo 27¹⁴ que os menores de nove anos não poderiam ser considerados criminosos, sendo contudo, delinquentes os que possuíssem entre nove e quatorze anos. Todavia, como na ótica anterior, tais sujeitos dentro desta faixa etária também deveriam, a fim de sofrerem as sanções penais, ter discernimento da conduta delituosa praticada¹⁵, a partir de quando seriam recolhidos em estabelecimentos disciplinares industriais.

Em contrapartida, o Decreto 16.272, de 20 de dezembro de 1923, buscou dar proteção aos infantes abandonados e delinquentes, estabelecendo que os menores que se encontrassem em situação de abandono ou delinquência seriam submetidos às medidas de assistência e proteção¹⁶, notando-se, assim, a existência de aparente contradição entre as legislações ao longo dos anos.

Ademais, importa mencionar que em 1926 houve a publicação da primeira legislação especial, a tratar sobre infantes expostos e menores abandonados, qual seja, o Decreto 5.083¹⁷, surgindo ainda, três legislações advindas nos anos de 1927 e 1932, que estabelecem de igual forma a idade de quatorze anos como marco para responsabilidade penal, quais sejam: a Lei

¹¹ "Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade (...)"

¹² "Art. 78 - A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna."

¹³ COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **A proteção à criança nas constituições brasileiras: de 1824 à 1969**. Revista de informação legislativa. V. 35, n. 139. Julho de 1998, p. 04.

¹⁴ "Art. 27. Não são criminosos: § 1º Os menores de 9 anos completos; § 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento; (...)"

¹⁵ "Art. 30. Os maiores de 9 anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda à idade de 17 anos."

¹⁶ "Art. 1º O menor, de qualquer sexo, abandonado ou delinquente, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção instituídas neste regulamento."

¹⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos**, 10ª Edição, SaraivaJur, 2017, p. 51.

4.242, de 5 de janeiro de 1927¹⁸, que tratava sobre assistência e proteção aos infantes e exclui o caráter biopsicológico discernimento estabelecido pelo Código Penal, acima mencionado; o Decreto 17.943-A, de 12 de outubro do mesmo ano, o qual regulava sobre assistência e proteção a menores de idade¹⁹; e o novo Código Penal de 1932 – Decreto 22.213²⁰ – o qual manteve-se em vigor até a vigência da legislação atual, que é de 1940.

De outro modo, a Constituição de 1934 também dimanada no período republicano, logo após as revoluções de 1920 e 1930, perdurou por um curto lapso temporal de três anos, trazendo em sua redação, entretanto, inovações quanto às garantias e direitos individuais, estipulando proteções destinadas apenas ao exercício do trabalho²¹. A legislação em comento, diversamente de suas anteriores, pela primeira vez, tutelou crianças e adolescentes de forma expressa, dando-se contudo, tal proteção somente ao direito trabalhista, quando vedava o trabalho ao menor de quatorze anos – dentre outros amparos²² –, bem como protegia o nascituro²³. Denota-se, assim, que apenas depois de passados 110 anos desde a vigência da primeira constituição no Brasil, ainda na época imperial, o Estado demonstrou interesse em determinar medidas ou tratamentos às crianças e aos adolescentes que praticassem atos penalmente tipificados.

Em seguida, elaborada em um período conturbado por episódios políticos²⁴ – Estado Novo – fundados em crises de ordem e autoridade no país²⁵, a Constituição de 1937 foi a primeira a trazer expressos em seu artigo 127²⁶ cuidados e garantias às crianças e

¹⁸ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Responsabilidade Penal, da indiferença à proteção integral**, 5ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2016, p.44.

¹⁹ "Art. 68. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de, especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva."

²⁰ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Responsabilidade Penal, da indiferença à proteção integral**, 5ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2016, p.46.

²¹ COELHO, Bernardo Leôncio Moura. A proteção à criança nas constituições brasileiras: de 1824 à 1969. **Revista de informação legislativa**. V. 35, n. 139. Julho de 1998, p. 07.

²² "Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: (...) d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;"

²³ "Art. 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: (...) c) amparar a maternidade e a infância."

²⁴ COELHO, Bernardo Leôncio Moura. A proteção à criança nas constituições brasileiras: de 1824 à 1969. **Revista de informação legislativa**. V. 35, n. 139. Julho de 1998, p. 08.

²⁵ PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras**, Volume IV, 1937, Brasília/DF. 3ª Edição, Senado Federal, 2015, p. 14.

²⁶ "Art. 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude

adolescentes, dispondo incumbir ao Estado a responsabilidade de providenciar medidas necessárias para assegurar-lhes tais proteções, além de que, seguindo a ordem das demais constituições vigentes até este momento histórico, não se atentou ao tratamento das crianças e dos adolescentes que se desviavam à prática de crimes. Contudo, a referida Carta Magna foi considerada inválida no âmbito jurídico, possuindo valor meramente histórico²⁷, devido a seu curto período de oito anos em vigor. Seguindo esta mesma linha de proteção aos infantes, o Código Penal de 1940 fundou-se na imaturidade do menor ao tratar da imputabilidade, que, em conformidade com seu artigo 23²⁸ – atualmente revogado –, dava-se somente aos dezoito anos de idade, sendo portanto, esta a idade para a responsabilização penal ao infrator.

Ainda, oriunda no período da Redemocratização, a Constituição de 1946 caracterizou-se por ser uma espécie de junção da Constituição de 1891 com a de 1934. Desta maneira, aproveitou-se sua tendência restauradora e as inovações referentes à proteção aos trabalhadores, ordem econômica, educação e a família, não inovando, portanto, em nada quanto aos direitos e garantias de crianças e adolescentes – uma vez que, neste quesito, baseou-se na Carta Magna de 1891 –, mantendo-se vigente por 21 anos. A referida legislação, apenas em seu artigo 164, impôs obrigatoriedade ao Estado à assistência, à maternidade, à infância e à adolescência, sendo assim esta a única garantia existente nela aos menores de idade.

Foi a partir da vigência da referida Constituição que o Brasil passou a viver um período de inspiração liberal, o qual sofreu uma ruptura com o advento da Ditadura Militar em 1964²⁹. Neste mesmo ano, instituiu-se em nosso país a Lei 4.513/1964, que estabelecia a Política Nacional de Bem-Estar do Menor, criando-se uma gestão centralizadora e vertical, baseada em padrões de atenção direta implementados por órgãos executores inteiramente uniformes em termos de conteúdo, método e gestão³⁰, tendo como órgãos gestores desta política a FUNABEM³¹, no âmbito nacional, e a FEBEM³², no estadual.

importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral."

²⁷ CUNHA, Fernando Whitacker. **Direito Político Brasileiro**, p. 35-36; PORTO, Walter Costa (Org.). *Constituições do Brasil*, p. 86.

²⁸ "Art. 23. Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial."

²⁹ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Responsabilidade Penal, da indiferença à proteção integral**, 5ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2016, p.52.

³⁰ SARAIVA, Op. cit., p. 53.

³¹ "Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor", A palavra da FUNABEM. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931988000100003>. Acesso em 24 out. 2018.

Noutro norte, considerada a mais autoritária entre as constituições não mais vigentes no Brasil, a Constituição de 1967, ao mesmo tempo em que estabeleceu no rol de seu artigo 153 uma quantidade considerável de direitos e garantias individuais, previu também poderes de supressão sobre estes³³. Assim sendo, a mencionada legislação, não se importando com a proteção ou condição do adolescente, reduziu a idade mínima de trabalho deste – a qual era de quatorze anos na Carta Magna de 1946 – para doze anos, indo em total desencontro com as Convenções Internacionais nº 5, de 1919, e nº 58, de 1936³⁴, vigentes à época.

Ademais, em seu artigo 175, § 4º, a referida Constituição previa – de maneira similar à Constituição de 1946 – assistência à maternidade, infância e juventude. Assim, pode-se afirmar que a Carta Política de 1967 possui certa incoerência em sua redação, pois aparentemente se contradiz ao buscar proteger a criança e o adolescente de um lado e, ao mesmo passo, desprotegê-los de outro.

No auge da Ditadura Militar, em 21 de outubro de 1969, publicou-se o Decreto-Lei nº 1.004, instituindo um novo Código Penal e reduzindo a maioridade penal para dezesseis anos. Existia, neste momento, o critério biopsicológico já mencionado, qual seja, a comprovação da capacidade do discernimento sobre a ilicitude do fato (tendo tal dispositivo nunca vigorado e sido revogado pela Lei nº 6.069, de 31 de dezembro de 1973, oportunidade em que foi excluída a condição mencionada e alterada a idade de imputabilidade penal pra dezoito anos³⁵).

Já em época recente, e diferentemente de todas as legislações já vigentes, surge no ano de 1979, inspirado pela Doutrina da Situação Irregular, o Código de Menores – Lei 6.697/79 – o qual trouxe consigo uma nova visão ideológica aos menores que passaram a ser objeto da norma jurídica, sempre que estivessem em estado de patologia social, ou seja, uma espécie de doença, por se encontrarem fora do padrão estabelecido pela sociedade e pela legislação citada³⁶. Assim, de acordo com BELOFF³⁷, os infantes passaram a ser reconhecidos

³² "Fundação Estadual de Bem Estar do Menor", "FEBEM. Os descaminhos do pai". Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-71282000000100017>. Acesso em 13 nov. 2018.

³³ COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **A proteção à criança nas constituições brasileiras: de 1824 à 1969**. Revista de informação legislativa. V. 35, n. 139. Julho de 1998, p. 15.

³⁴ "A mesma contraria, por um lado, a tendência do mundo moderno, no sentido de fazer subir a idade mínima para o ingresso do menor na população ativa. Igualmente, essa redução colidiria com convenções internacionais, ratificadas pelo Brasil, como a Convenção Internacional nº 5, de 1919, e a de nº 58, de 1936, que fixam a idade mínima de quatorze anos para os trabalhos marítimos." (COELHO, Julho de 1998, p. 15).

³⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos**, 10ª Edição, SaraivaJur, 2017, p. 52.

³⁶ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Responsabilidade Penal, da indiferença à proteção integral**, 5ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 54.

como incapazes por se encontrarem em desconformidade com os padrões sociais da época, devido a suas condições pessoais, familiares e sociais, devendo, por este motivo – e não só os menores, como também sua família –, serem objetos de intervenção estatal coercitiva.

Neste sentido, o Código de Menores não se preocupou em distinguir o menor infrator do menor vítima de pobreza, abandono, maus tratos ou qualquer outro fator que o tornasse indiferente no âmbito social em que se encontrava inserido, tratando, portanto, de igual forma todos os indivíduos que atendessem tal *status* – havendo à época nesta condição, 70% da população infanto-juvenil brasileira³⁸. Eles eram considerados em situação irregular – daí o nome da doutrina abraçada pelo Código de Menores –, pois se encontravam em desconformidade com a considerada normalidade social da época, o que acarretou a conclusão de que a pobreza – aqui entendida não apenas como a escassez de recursos financeiros, mas toda e qualquer limitação social prevista na legislação mencionada, que correlacionasse o infante a patologia social – tornasse objeto de crime, criminalizando o menor simplesmente por ser pobre: passou a haver, assim, a judicialização da questão social das crianças e adolescentes e não a conduta delituosa em si.

Nesse contexto, surge a figura do juiz de menores, o qual deveria atuar como o bom pai de família, recaindo sobre ele a missão de encarregado do patronato estatal, preocupando-se não apenas com as questões judiciais, mas também com o suprimento da ausência das políticas públicas a serem aplicadas aos casos envolvendo os infantes em situação irregular³⁹. Logo, afirma Saraiva⁴⁰ que durante o período de vigência do Código de Menores, 80% da população infanto-juvenil recolhida na entidade de internação do sistema FEBEM era formada por infantes não autores de condutas tipificadas como crime da legislação penal, pois o que vigia à época era um sistema de controle da pobreza e não da criminalidade.

É bom que se diga que, desde a promulgação e entrada em vigor do Código de Menores, houve duas tentativas de sua alteração: Projeto de Hungria de 1963, que mantinha a inimputabilidade penal em dezoito anos, trazendo, contudo, de volta o caráter da maturidade comprovada a partir dos dezesseis anos; e o Código Penal de 1969 – Decreto-Lei nº 1.001, alhures mencionado. Nenhuma das propostas alteradoras, no entanto, chegaram a vigorar, havendo a manutenção do Código Penal de 1940 – o qual encontra-se vigente até a atualidade

³⁷ Professora de Direito Penal Juvenil na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. (SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Responsabilidade Penal, da indiferença à proteção integral**, 5ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 55)

³⁸ SARAIVA, Op. cit., p. 54.

³⁹ SARAIVA, Op. cit., p. 56.

⁴⁰ SARAIVA, Op. cit., p. 57.

–, ocorrendo, apenas no ano de 1984 a reforma da sua Parte Geral, através da Lei nº 7.209/84, fixando-se assim a imputabilidade penal aos dezoito anos de idade.

Sendo assim, percebe-se que, enquanto as Cartas Magnas constituídas sequer preocuparam-se com a pessoa do menor infrator, as legislações especiais – Código de Menores e o Código Penal Brasileiro, cada uma contendo sua particularidade –, buscaram trazer à tona disposições visando proteger e garantir direitos aos menores. Todavia, o Código de Menores não foi conciso ao buscar solucionar de alguma forma, o problema social em que estavam inseridas as crianças e adolescentes, uma vez que, adotou como critério a indiferença social em que se encontrava o infante, podendo ele ser internado ou recolhido em instituições destinadas a infratores por simplesmente identificar-se como uma patologia social.

Tal condição de irregularidade atribuída aos adolescentes, somente deixou de existir – pelo menos, do ponto de vista legal – com a advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais foram fortemente influenciados pela Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança de 1989, a qual passou por um processo de elaboração histórico de dez anos.

CAPÍTULO 2: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A ATUAL VISÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Diferentemente de todas as Cartas Magnas já existentes no Brasil, a Constituição Federal de 1988 possui característica revolucionária, pois foi a primeira em 164 anos a trazer em sua redação previsão a respeito da responsabilização penal. Assim, a mencionada legislação, antecipando-se à Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança de 1989, incorporou em seus dispositivos princípios basilares à proteção da criança, do adolescente e do jovem – dentre os quais destacam-se o Princípio da Prioridade Absoluta e Princípio do Superior Interesse, previstos no seu artigo 227⁴¹ –, insculpindo também, em seu artigo 228⁴², a inimputabilidade penal à idade de 18 anos. A referida Convenção realizada na Organização das Nações Unidas (ONU), após seu longo processo histórico de elaboração iniciado em 1979, ao ser aprovada em 1989, passou a assentar-se sobre um documento global, com força coercitiva para os Estados signatários⁴³, dentre os quais encontrava-se o Brasil à época – situação que permanece até hoje.

No que diz respeito aos vetores que nortearam tanto a elaboração da Convenção quanto da própria Constituição de 1988, o referido Princípio da Prioridade Absoluta – definido constitucionalmente e, posteriormente corroborado no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁴ – estabelece que os direitos fundamentais mencionados na Carta Magna de 1988 devem ser assegurados com prioridade absoluta pela família, pela sociedade e pelo Estado, retirando-se deste a exclusividade trazida pelo Código de Menores – no qual apenas o juiz de menores, representante estatal, seria o responsável pelas decisões que envolvia a tutela dos menores em situação irregular – e fazendo responsáveis também os demais atores a assegurar aos infantes em sua integralidade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à

⁴¹ "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (...)"

⁴² "Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial."

⁴³ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Responsabilidade Penal, da indiferença à proteção integral**, 5º Edição, Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 62.

⁴⁴ "Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude."

liberdade e à convivência familiar e comunitária. Ainda, os responsáveis por garantir tais direitos aos infantes, encontram-se em uma mesma linha hierárquica, quanto à responsabilidade de prestar a devida assistência legal àqueles, ou seja, a família, a sociedade e o Estado são incumbidos a esta de igual forma, não podendo um se manter inerte, à espera do agir do outro, de modo que os infantes sempre devem ser considerados como pessoas em desenvolvimento⁴⁵ e que, portanto, estão em uma peculiar condição de formação biopsicofísica.

Outro princípio de suma importância e também alhures mencionado, trazido, em sua forma embrionária, no Código de Menores e abordado mais fortemente no Estatuto da Criança e do Adolescente (quando lhe foi dado o sentido da proteção integral ao menor – conforme prevê a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança), o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente preceitua que, nas relações em que tenham como envolvidos crianças ou adolescentes, deve sempre ser observado a melhor opção ou condição para estes, devendo prevalecer dentre as relações o que melhor atendê-los. Noutras palavras, Maciel⁴⁶ salienta que o referido princípio serve para orientar o legislador e/ou o aplicador das normas, a considerar sempre a primazia das necessidades do menor como critério de interpretação legislativa, deslinde de conflitos ou elaboração de futuras regras⁴⁷, sendo assim:

(...) atenderá o referido princípio toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismo do intérprete. Interesse superior ou melhor interesse não é o que o Julgador ou aplicador da lei entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como pessoa em desenvolvimento, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível⁴⁸.

Além dos princípios acima explanados, há ainda um terceiro princípio norteador do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é o Princípio da Municipalização, o qual resguarda a descentralização do Poder Público estatal para os Municípios, devendo estes elencar diretrizes de atendimento aos infantes, criar Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, como também criar e prestar manutenção a programas de atendimento, buscando-se sempre alcançar eficiência e eficácia da legislação mencionada quando colocada em prática. Nesse contexto, é dever ainda do Ministério Público atuar na fiscalização dos conselhos municipais criados para tais finalidades, assim como o Estado e a União serem

⁴⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos**, 10ª Edição, SaraivaJur, 2017, p. 67.

⁴⁶ Titular da 2ª Procuradoria de Justiça da infância e da Juventude do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

⁴⁷ MACIEL, Op. cit., p. 75.

⁴⁸ MACIEL, Op. cit., p. 75.

solidários ao Município na tutela e resguardo dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes⁴⁹.

Percebe-se, então, que a Constituição de 1988 e a Convenção de 1989 – embasando-se e aderindo à Doutrina da Proteção Integral – influenciaram fortemente a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, passando-se, assim, com a vigência deste a proteger os menores de idade em sua integralidade, independente da existência de fatores que os tornem indiferentes, conforme era tratado pelo Código de Menores, deixando-se de se tratar de menores, incapazes, meia-pessoa ou incompleta e passando-se a versar de pessoas – sujeitos de direitos – cuja única particularidade é estarem crescendo e se desenvolvendo⁵⁰. O ECA, considerando os princípios supracitados, pôs por terra a ideologia trazida pelo Código de Menores, alterando, assim, a forma de tratamento à classe infanto-juvenil, a qual passou a desfrutar dos mesmos direitos e sujeitarem-se a obrigações compatíveis com a condição de desenvolvimento peculiar que desfrutam⁵¹.

Desse modo, resta-se certo que as legislações referidas acima tiveram papel revolucionário, no que tange à forma de tratamento dada aos infantes, pois transformou em todos os aspectos o papel destes na sociedade, concedendo às crianças e adolescentes direitos e garantias fundamentais jamais abordados anteriormente e ainda, favoreceu-os com uma legislação especial, com a única e exclusiva finalidade de tutelá-los, tanto em seu contexto social e infracional, quanto individual, havendo inclusive, princípios constitucionais que norteiam tal proteção. Neste contexto, os menores que anteriormente eram objetos da norma jurídica – recaindo sobre eles critérios de indiferença estabelecidos pelo Código de Menores, os quais os reconheciam como incapazes e indiferentes, uma espécie de patologia social ligada às condições pessoais em que se encontravam –, tornaram-se sujeitos de direitos fundamentais, bem como possuidores de proteção integral, ou seja, aplicada à classe infanto-juvenil em sua totalidade, não havendo qualquer distinção que exclua um ou outro menor por não se encaixar em determinado critério estabelecido pela legislação.

Ademais, a legislação atual excluiu a figura do juiz de menores, passando a prever a existência de órgãos e instituições responsáveis pelos cuidados e garantias à criança e ao adolescente, não havendo mais a centralização de decisões e medidas apenas em uma pessoa, vejamos:

⁴⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos**, 10ª Edição, SaraivaJur, 2017, p. 76 e 77.

⁵⁰ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Responsabilidade Penal, da indiferença à proteção integral**, 5ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 68.

⁵¹ SARAIVA, Op. cit., p. 88.

Novos autores entram em cena: a comunidade local, por meio dos Conselhos Municipal e Tutelar, a sociedade civil através dos organismos não governamentais que integram a rede de atendimento; a família, cumprindo os deveres inerentes ao poder familiar; o Judiciário, exercendo precipuamente a função judicante; o Ministério Público, como um grande agente garantidor de toda a rede, fiscalizando seu funcionamento, exigindo resultados, assegurando o respeito prioritário aos direitos fundamentais infantojuvenis estabelecidos na Lei Maior; sem esquecer da Defensoria Pública, os advogados, os comissários e os serviços auxiliares, através das equipes interprofissionais imprescindíveis ao cotidiano das varas da infância e juventude⁵².

Neste diapasão, importa mencionar que Saraiva⁵³, ao abordar a evolução legislativa acima citada, afirma que Estatuto da Criança e do Adolescente estrutura-se a partir de três grandes sistemas de garantias, por meio do que: a) o Sistema Primário abrange as Políticas Públicas de Atendimento às crianças e adolescentes, de caráter universal, ou seja, à toda população infanto-juvenil; b) o Sistema Secundário trata das Medidas de Proteção dirigidas a menores em situação de risco pessoal/social – praticantes ou não de ato infracional –, buscando atender aqueles quando vitimizados; e c) o Sistema Terciário aborda as medidas socioeducativas aplicadas aos menores infratores em conflito com a lei penal, encontrando-se na condição de vitimizadores. Sendo assim, os componentes do chamado Tríptico Sistema de Garantias apresentado operam-se de forma harmônica entre si, ou seja, o infante, ao escapar do sistema primário de prevenção, deverá ser submetido ao segundo – por meio de operações do Conselho Tutelar, por exemplo – e, encontrando-se o adolescente em conflito com a lei por praticar condutas definidas como crime pelo Código Penal Brasileiro ou contravenção penal, de acordo com a Lei 3.688/1941, aplicar-se-á o terceiro sistema: nesse contexto intervirá o Sistema Judiciário – Polícia, Ministério Público, Defensoria Pública, Judiciário, Órgãos Executores das Medidas Socioeducativas⁵⁴.

Assim sendo, o referido Estatuto aderiu como marco da inimputabilidade penal o mesmo estabelecido constitucionalmente – qual seja, 18 anos –, determinando medidas a serem aplicadas aos menores que venham a praticar no decorrer de sua infância ou adolescência atos infracionais. Pode-se, deste modo, mencionar as medidas de proteção – aplicáveis ao agente que pratica ato infracional sendo menor de doze anos –, encontradas no artigos 101⁵⁵ e 105⁵⁶ e as medidas socioeducativas – impostas a infratores maiores de doze e

⁵² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos**, 10ª Edição, SaraivaJur, 2017, p. 55.

⁵³ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Responsabilidade Penal, da indiferença à proteção integral**, 5ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 90.

⁵⁴ SARAIVA, Op. cit., p. 91.

⁵⁵ "Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias

menores de dezoito anos –, as quais encontram previsão no artigo 112⁵⁷ do ECA, sem prejuízo do disposto no artigo 101, já mencionado, que também podem ser consideradas cumulativamente.

Neste sentido, deve-se frisar que as medidas socioeducativas, quais sejam advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semi-liberdade e internação, podem ser aplicadas cumulativamente pelo período máximo de três anos, conforme artigo 121, §3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, não há que se falar em impunidade penal, uma vez que, um adolescente pode ter sua liberdade privada por um período maior do que ao aplicado atualmente ao maior de dezoito anos - por exemplo, um indivíduo maior de dezoito anos ao cometer o delito de lesão corporal simples (praticado, portanto, mediante violência à pessoa), previsto no artigo 129, *caput*, do Código Penal, que tem como pena a detenção de três meses a um ano, sequer terá sua liberdade privada (conforme o art. 33 do mesmo código estabelece), de modo que um adolescente, surpreendido na prática de ato infracional análogo ao delito em questão pode ter sua liberdade restrita por três anos através da medida socioeducativa de internação, haja vista o cumprimento do requisito do art. 122, I, do ECA.

Convém abordar ainda, que de acordo com MACIEL⁵⁸ a referida inimputabilidade penal funda-se na "possibilidade de absorção às mudanças propostas durante o cumprimento de uma medida socioeducativa", sendo a permeabilidade do adolescente no sentido de sociabilização que definiu a idade mínima para responsabilização penal. Corroborando o fundamento para a definição da idade mencionada, leva-se em consideração a idade regular para término da educação básica – infantil, fundamental e média –, qual seja 18 anos incompletos. Isso significa que não é o sofrimento do infrator ao pagar por suas atitudes que é levado em consideração, mas o seu discernimento e maturidade psicológica – e em fase de

em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta (...)"

⁵⁶ "Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101."

⁵⁷ "Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado. § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições."

⁵⁸ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos**, 10ª Edição, SaraivaJur, 2017, p. 1115.

formação – de reconhecer tal atitude como incorreta e identificar suas consequências e a reprovabilidade, para assim não repeti-las e de fato ressocializar-se, estando a referida previsão constitucional perfeitamente de acordo com os motivos considerados para determinar a idade mínima para responsabilização penal.

Neste norte, buscando efetivar a aplicação das medidas socioeducativas aos adolescentes⁵⁹, que se encontram inseridos à margem social e no contexto da prática de atos infracionais, surge a Lei 12.594/2012, que, dentre outras providências, instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), a qual tem como finalidade regulamentar a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes praticantes de ato infracional⁶⁰. Prevê também a referida legislação, "a distribuição de responsabilidades e atuação integrada dos entes da federação para implementação dos planos, políticas e programas específicos de atendimento"⁶¹ aos infratores, bem como regula os objetivos de sua instituição, em seu artigo 19⁶².

Deste modo, percebe-se que a Lei 12.594/2012 é utilizada como uma forma de complementar o Estatuto da Criança e do Adolescente, pois regulamenta a execução das medidas socioeducativas aplicadas aos infratores, criando portanto, o juiz da execução – o qual possui o papel de verificar/acompanhar a execução de tais medidas – devendo sempre observar os princípios⁶³ e regras insculpidos na referida legislação, visando padronizar o método de execução destas, tornando-o universal no Brasil.

Outro acontecimento importante trazido pelas legislações atuais foi a separação do menor em situação de fragilidade – que deve ter seus interesses preservados ao máximo,

⁵⁹ "Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.", Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁶⁰ "Art. 1º. Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.", Lei 12.594/2012.

⁶¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos**, 10ª Edição, SaraivaJur, 2017, p. 1117.

⁶² "Art. 19. É instituído o Sistema Nacional de Avaliação e Acompanhamento do Atendimento Socioeducativo, com os seguintes objetivos: I - contribuir para a organização da rede de atendimento socioeducativo; II - assegurar conhecimento rigoroso sobre as ações do atendimento socioeducativo e seus resultados; III - promover a melhora da qualidade da gestão e do atendimento socioeducativo; e IV - disponibilizar informações sobre o atendimento socioeducativo."

⁶³ "Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos; III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas; IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida; V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente; VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida; VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo."

permitindo que chegue à vida adulta com o mínimo de violação possível aos seus direitos e garantias morais e materiais, previstos constitucionalmente, consagrando-se em todo o ordenamento jurídico⁶⁴ –, do menor infrator – que se desviou para prática de atos infracionais.

Há, assim, no Estatuto da Criança e do Adolescente medidas direcionadas a cada um de acordo com sua particularidade – para o menor em situação de risco aplicam-se medidas de proteção já apresentadas e, para os infratores, medidas socioeducativas fixadas de acordo com a capacidade de cumpri-las, circunstâncias e gravidade da conduta⁶⁵ –, diferentemente do Código de Menores que tratava todos eles de igual forma, do ponto de vista objetivo, tendo ou não praticado atos infracionais, aplicando-se punições mesmo que sua situação irregular tenha sido originada em decorrência da pobreza em que se encontrava inserido.

Neste sentido, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)⁶⁶, ao publicar uma nota sobre a manutenção, a aplicação e o fortalecimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, no dia 17 de outubro de 2018, aborda com propriedade o tratamento do infante no Código de Menores, bem como na legislação estatutária atual, vejamos:

Em seu artigo inaugural, o ECA enuncia a proteção integral, valor ou princípio segundo o qual crianças e adolescentes são pessoas em estágio peculiar de desenvolvimento físico, psíquico e moral, titulares de direitos fundamentais. Trata-se de grande inovação, pois, anteriormente, quando vigiam os Códigos de Menores de 1927 e 1979, os infantes recebiam o mesmo tratamento das coisas, ficando absolutamente reféns dos interesses e desígnios do mundo adulto. Antes do Estatuto da Criança e do Adolescente, infantes eram referidos pela legislação como órfãos, abandonados, delinquentes, enfim, eram etiquetados segundo os interesses e as impressões do mundo adulto, que apenas se preocupava em retirar das ruas os infantes que, aparentemente, estavam fora de lugar, materializando as famosas políticas higienistas de limpeza das ruas e institucionalização de crianças.

Assim, destaca-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe relevantes alterações⁶⁷ – quando comparado ao Código de Menores –, importando salientar as seguintes: a) atualmente os infantes são considerados pessoas em desenvolvimento em vez de enfermos sociais, recaindo sobre eles tutela constitucional e especial e estabelecendo que esta seja assegurada pela família, sociedade e Estado; b) crianças e adolescentes são sujeitos de direitos fundamentais e, não apenas menores ligados à uma situação social irregular, objetos de proteção; c) distinção do menor em situação de risco – que deve ser protegido, em favor de

⁶⁴ Princípio do Melhor Interesse do Menor. Disponível em: <<http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29390/principio-do-melhor-interesse-do-menor>>. Acesso em 24 out. 2018.

⁶⁵ "Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: [...] § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração."

⁶⁶ IBDFAM divulga nota pública em defesa do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Disponível em: <<https://tinyurl.com/ybyhrn39>>. Acesso em 30 out. 2018.

⁶⁷ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Responsabilidade Penal, da indiferença à proteção integral**, 5º Edição, Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 175.

quem recai os Princípios da Prioridade Absoluta e do Melhor Interesse –, do menor infrator – que recebe tratamento diferenciado daquele, havendo previsão de medidas socioeducativas que devem ser aplicadas no intuito de reeducá-lo e ressocializá-lo; d) aplicação de medidas – de proteção ou socioeducativa – por tempo determinado – e não mais indeterminado, como era no Código de Menores; e) excepcionalidade da privação de liberdade do menor e aplicação apenas aos infratores, não mais como a única medida a ser aplicada a todos infantes – em desigualdade social/afetivo ou infracional.

Deste modo, é correto afirmar que com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, houve uma relevante e significativa alteração na visão social e jurídica do menor de idade, o qual antes destas legislações não possuía qualquer espécie de proteção, sendo apenas excluído da sociedade recebendo o mesmo tratamento – independente de ser pobre, abandonado ou infrator –, passando a ser sujeito de direitos e garantias fundamentais, possuindo tutela constitucional. Ainda, conforme já explanado, o ECA separou a criança e adolescente em situação de risco do infrator, instituindo tratamentos diferenciados para cada um em sua particularidade.

CAPÍTULO 3: PONTOS E CONTRAPONTO DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 171 DE 1993

Conforme demonstrado no capítulo anterior, a inimputabilidade penal encontra-se fixada em dezoito anos, tanto pela Constituição Federal de 1988, quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo tais legislações trazido inovações quanto à figura dos menores de idade, que passaram a ser vistos sob um novo aspecto de proteção primordial e superior, visando a atender seus interesses e criando, para isto, mecanismos que buscam efetivar tal tutela não só na teoria, como também na prática. Em contrapartida à maioria prevista nas legislações citadas, foi apresentada no ano de 1993, na Câmara dos Deputados em Brasília, a Proposta de Emenda Constitucional nº 171, elaborada pelo Deputado Federal Benedito Augusto Domingos⁶⁸, a qual tem por finalidade a alteração do artigo 228 da Carta Magna de 1988, onde – conforme já abordado – consta a idade dezoito anos como início da inimputabilidade penal, passando-se este para dezesseis anos⁶⁹, objetivando atribuir a responsabilidade criminal ao adolescente a partir desta idade. Mesmo tratando-se o dispositivo citado de cláusula pétrea – pois encontra-se previsto no artigo 60, §4º, inciso IV, da CF –, embasando-se em argumentos que, visam justificar a necessidade de tal alteração constitucional, sendo portanto, estes o objeto de análise e estudo no presente capítulo.

Neste sentido, em justificativa à redução da maioria penal, a referida Proposta aborda que a inimputabilidade penal atual baseia-se na capacidade de entendimento do adolescente para o ato delituoso, sendo utilizado o critério biológico para avaliá-la, não importando o desenvolvimento mental e sim a idade que possuem, correlacionando assim, inimputabilidade e irresponsabilidade – como sendo uma consequência da outra.

Assim sendo, a PEC 171/1993 afirma que os jovens que possuíam a idade de dezoito anos à época em que o Código Penal foi elaborado (1940), encontram-se atualmente no mesmo nível de desenvolvimento mental do adolescente de dezesseis anos⁷⁰ – pois estes têm mais acesso aos meios básicos de informação do que aqueles⁷¹ –, podendo-se considerar, nos

⁶⁸ Benedito Domingos. Disponível em: <<https://www.cl.df.gov.br/web/guest/benedito-domingos>>. Acesso em 24 Out. 2018.

⁶⁹ "Att. 1º - O Att. 228 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido de parágrafo único e com a seguinte redação: 'Art. 228 - São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial.' Art. 2º - Esta Emenda entrará em vigor na data de sua publicação."

⁷⁰ "O menor de dezoito anos, considerado irresponsável e, conseqüentemente, inimputável, sob o prisma do ordenamento penal brasileiro vigente desde 1940, quando foi editado o Estatuto Criminal, possuía um desenvolvimento mental inferior aos jovens de hoje da mesma idade."

⁷¹ "Com efeito, concentrando as atenções no Brasil e nos jovens de hoje, por exemplo, é notório, até ao menos atento observador, que o acesso destes à informação - nem sempre de boa qualidade - é infinitamente superior àqueles de 1940, fonte inspiradora natural dos legisladores para a fixação penal em dezoito anos. A liberdade de

dias de hoje, o indivíduo de dezesseis anos capaz de entender o caráter delituoso de sua conduta e de se determinar de acordo com tal entendimento⁷².

Entretanto tais afirmações encontram-se equivocadas uma vez que - conforme já demonstrado -, a idade de dezoito anos prevista pela Constituição atual foi estabelecida por meio do critério de capacidade de absorver a finalidade da medida socioeducativa - qual seja a "responsabilização do adolescente, sua integração social e a desaprovação da conduta infracional"⁷³ -, tendo assim a "permeabilidade do adolescentes no sentido da sociabilização que determinou a idade legalmente fixada", ou seja, a reação deste quando aplicada a medida socioeducativa - de forma positiva, atendendo a finalidade desta -, e não o simples fato de identificar tal conduta como incorreta ou ilegal. Neste sentido, vejamos o que entende a doutrina a respeito deste tema:

Considerou-se, assim, que é a chegada à idade adulta que proporciona engessamento de ideias e de personalidade de molde a dificultar sobremaneira o alcance do poder estatal de redirecionar o comportamento do indivíduo sob o ângulo pedagógico. (...) Atente-se para o fato de que a idade de regular conclusão do ensino médio é a de 18 anos incompletos, o que está em perfeita sintonia com a idade prevista para a possibilidade de ingerência do sistema socioeducativo.⁷⁴

A Proposta⁷⁵ em análise, apresenta ainda como argumento a falsa ideia de que, o menor de dezoito anos que pratica alguma conduta delituosa não é submetido a qualquer espécie de sanção punitiva, estando tal afirmativa, completamente desamparada legalmente, uma vez que, conforme já demonstrado, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece medidas socioeducativas a serem aplicadas aos menores infratores, havendo ainda a Lei nº 12.594/2012 para regular a execução de tais medidas. Neste viés, SARAIVA, ao abordar tal tema, afirma que o indivíduo que declara não existir punição ao menor infrator desconhece o "Sistema Terciário" do Estatuto da Criança e do Adolescente apresentado no capítulo anterior:

(...) Todavia, há quem, desconhecendo o sistema de responsabilidade penal juvenil contemplado ao Estatuto da Criança e do adolescente, corolário da normativa

imprensa, a ausência de censura prévia, a liberação sexual, a emancipação e independência dos filhos cada vez mais prematura, a consciência política que impregna a cabeça dos adolescentes, a televisão como o maior veículo de informação jamais visto ao alcance da quase totalidade dos brasileiros, enfim, a própria dinâmica da vida, imposta pelos tortuosos caminhos do destino, desvencilhando-se ao avanço do tempo veloz, que não para, jamais."

⁷² "Se há algum tempo atrás se entendia que a capacidade de discernimento tomava vulto a partir dos 18 anos, hoje, de maneira límpida e cristalina, o mesmo ocorre quando nos deparamos com os adolescentes com mais de 16."

⁷³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos**, 10ª Edição, SaraivaJur, 2017, p. 1160.

⁷⁴ MACIEL, Op. cit., p. 1115.

⁷⁵ "(...) Assim, pela legislação penal brasileira, o menor de dezoito anos não está sujeito a qualquer sanção de ordem punitiva, mas tão-somente às medidas denominadas sócio-educativas, que, em síntese, são: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação (...)"

internacional que regula a matéria, insista em confundir inimizabilidade penal com impunidade, pleiteando a extensão do Sistema Penal Adulto ao adolescente em conflito com a Lei, buscando a redução da idade de inimizabilidade penal, fixada em dezoito anos. Os proponentes desta ideia, destituída de fundamentação apta a legitimá-la e construída no desconhecimento do sistema terciário de prevenção insculpido no Estatuto, fundado no Direito Penal Juvenil, desprezam a natureza de cláusula pétrea desta disposição constitucional.⁷⁶

Note-se que o autor susodito, além de mencionar a existência de medidas a serem aplicadas aos praticantes de ato infracional, faz questão de mencionar a condição constitucional de cláusula pétrea – trata-se de direito fundamental, não podendo ser modificada por Emenda Constitucional, tendo portanto, como característica a inimizabilidade⁷⁷ –, pertencente ao artigo 228 da Constituição Federal, o qual prevê a inimizabilidade penal aos dezoito anos. Neste mesmo sentido, o Instituto Brasileiro de Direito de Família, na nota pública alhures mencionada, preocupou-se também em abordar a não correlação de impunidade e inimizabilidade:

E, como regra, quem pratica ato infracional não fica impune. Inimizabilidade não é sinônimo de impunidade. Um adolescente que pratica ato infracional se sujeita às denominadas medidas socioeducativas, que vão desde uma advertência até uma internação, com privação de liberdade. O ECA traz claras regras sobre restrição de liberdade para adolescentes que praticam atos com violência ou grave ameaça à pessoa, ou que reiteram no cometimento de atos graves. O grande problema é que, na prática, em grande parte do Brasil, não se consegue aplicar o ECA, especialmente porque não há entidades e programas adequados para o cumprimento de medidas socioeducativas. Perceba-se, portanto, que o problema não está no Estatuto, mas na falta de investimento estatal para o cumprimento daquilo que está previsto em lei. Aliás, é imperioso destacar que essa realidade não é exclusiva dos infantes. No Brasil, segundo o Ministério da Justiça, em 2017 havia 726.712 presos para 368.049 vagas. Não há lugar para tanta gente presa. Além disso, de acordo com dados divulgados pelo CNJ em 2018, existem no País 143.967 mandados de prisão em aberto, refletindo a situação de pessoas condenadas ou com determinação para aguardarem seus julgamentos presos, mas que estão soltas por total ineficiência do Estado em implementar condições para que estejam privadas de liberdade. Em resumo, redução de maioria penal não vai resolver problema de criminalidade nenhum. O buraco é muito mais embaixo. Trata-se de questão estrutural. Ademais, vale destacar que, sob o ponto de vista constitucional, a inimizabilidade de crianças e adolescentes é direito fundamental que, segundo a tese ou teoria dos direitos análogos, goza da proteção conferida às cláusulas pétreas, ou seja, nem mesmo uma emenda constitucional poderia aboli-la do direito brasileiro na vigência da Constituição Federal de 1988.

⁷⁶ João Batista Costa. **Adolescente e Responsabilidade Penal, da indiferença à proteção integral**, 5ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 92.

⁷⁷ "(...) segundo a tese ou teoria dos direitos análogos, goza da proteção conferida às cláusulas pétreas, ou seja, nem mesmo uma emenda constitucional poderia aboli-la do direito brasileiro na vigência da Constituição Federal de 1988", IBDFAM divulga nota pública em defesa do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Disponível em: < <https://tinyurl.com/ybyhrn39> >. Acesso em 30 out. 2018.

Verifica-se assim que o argumento apresentado na PEC 171/1993, encontra-se completamente equivocado, uma vez que há sim sanções a serem aplicadas aos menores infratores – estando tais medidas insculpidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a execução delas prevista na Lei 12.594/2012. Ainda, conforme a citação acima, a alteração da imputabilidade penal para dezoito anos, não se mostrará eficaz – devido ao déficit estrutural prisional e outros fatores não passíveis de discussão neste trabalho –, não sendo portanto, tal redução da maioridade penal que solucionará o problema da prática de atos infracionais.

DOMINGOS, ao justificar a referida Proposta, demonstra certa indignação ao comparar a idade da maioridade penal (dezoito anos) que o sujeito poderia ser preso, com a estabelecida para as demais obrigações civis e eleitorais, que à época da proposta, podiam ser praticadas com menos idade, como o casamento e direitos eleitorais, aos dezoito anos, e ingressar no mercado de trabalho, com quatorze anos, atingindo a capacidade plena para todos os atos da vida civil aos vinte e um anos. Contudo, atualmente as obrigações civis encontram-se basicamente unificadas à idade de dezoito anos, excluindo algumas exceções – como casamento civil aos dezoito anos quando autorizado pelos pais/responsáveis, menor aprendiz aos quatorze anos e labor aos dezoito se a atividade não for exercida em período noturno, ambiente perigoso ou insalubre e, direito ao voto aos dezoito anos⁷⁸.

Quanto a este último, MACIEL ao referir-se sobre o direito eleitoral, explana que a possibilidade de votação pelo indivíduo que possui dezoito anos não é obrigatória, recaindo assim sobre o jovem a faculdade, ou seja, a possibilidade de escolha, de exercer ou não tal prerrogativa o que muitos sequer imaginam que o detêm ou calculam a força de tal ato⁷⁹.

Ainda, a PEC 171/1993⁸⁰ baseando-se em noticiários de imprensa, aduz que a maioria dos crimes cometidos por menores infratores, decorreu-se por estes estarem aliciados por maiores, sendo os infantes responsáveis por integrar-se à criminalidade, bem como agregar outros indivíduos a ela – passando-se de vitimizados a vitimizadores. Reitera de igual forma a proposta⁸¹ mencionada, que os jovens bem sucedidos no mundo do crime, organizam-

⁷⁸ IBDFAM divulga nota pública em defesa do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Disponível em: < <https://tinyurl.com/ybyhm39> >. Acesso em 30 Out. 2018.

⁷⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos**, 10ª Edição, SaraivaJur, 2017, p. 1114.

⁸⁰ "O noticiário da imprensa diariamente publica que a maioria dos crimes de assalto, de roubo, de estupro, de assassinato e de latrocínio, são praticados por menores de dezoito anos, quase sempre, aliciados por adultos. A mocidade é utilizada para movimentar assaltos, disseminação de estupefacientes, desde o "cheirar a cola" até o viciar-se com cocaína e outros assemelhados, bem como agenciar a multiplicação dos consumidores (...)"

⁸¹ "(...) Com isto, o que está ocorrendo é o aumento considerável da criminalidade por parte de menores de dezoito anos de idade que delinquem e que, carentes de institutos adequados ao seu recolhimento para

se em quadrilhas de modo que a própria polícia não possui condições de enfrentá-las, pois não há dispositivos legais aplicáveis aos infratores, por serem inimputáveis – confundindo-se aqui novamente inimputabilidade com impunidade –, sendo tal fato ensejador do aumento da criminalidade.

Em relação a tal afirmação, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA – em uma nota pública divulgada em 16 de fevereiro de 2007, expõe que a "redução da maioridade penal não resolve o problema da utilização de crianças e adolescentes no crime organizado, se reduzida a idade penal, estes serão recrutados cada vez mais cedo"⁸². Ainda, a matéria em questão salientou que não há dados que comprovem que a redução da maioridade penal resulta na redução do índice da criminalidade juvenil, reforçando que ao contrário, o ingresso antecipado do infrator no falido sistema penal brasileiro o expõe a mecanismos reprodutores de violência – podendo assim, ocorrer o aumento da reincidência pois, as taxas penitenciárias ultrapassam 60%, enquanto o sistema socioeducativo encontravam-se à época, abaixo dos 20%.

Ademais, a Proposta em análise apresenta também como uma de suas finalidades conscientizar o adolescente da sua participação social, corroborando a importância e necessidade de se cumprir a lei desde cedo, concedendo-lhes direitos e como consequência, responsabilidade, e não puni-los ou mandá-los para a cadeia, ressaltando que o jovem atual tem consciência do caminho que escolhe, devendo assim, ser responsabilizado por suas opções⁸³. Deste modo, de acordo com tais argumentos a legislação será utilizada para forçar o menor a conscientizar-se da ilicitude de sua conduta e, os que não se conscientizarem deverão sofrer as sanções penais – trabalho disciplinado, sugerido pela PEC 171/1993, contudo tais afirmativas mostram-se ineficazes, uma vez que a existência de lei estabelecendo sanções/punições para condutas tipificadas como crime, não impede a sua prática.

Tem-se ainda, como intuito da Proposta de Emenda Constitucional em questão, traçar "os princípios básicos, as linhas mestras do novo sistema que será implementado pela lei ordinária especial" – qual seja, o Código Penal Brasileiro –, aplicando-se aos adolescentes que possuírem idade entre dezesseis e dezoito anos, uma sanção mais branda do que a destinada aos maiores de dezoito anos, por meio de atenuantes, emprego de um terço da pena

reeducação ou correção de comportamento, após curto afastamento do meio social em estabelecimentos reformatórios voltam inevitavelmente às práticas criminosas (...)"

⁸² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos**, 10ª Edição, SaraivaJur, 2017, p. 1116.

⁸³ "(...) Dar-lhe esta condição é uma ajuda que as leis praticarão. Antes de qualquer cometimento, o moço estará habilitado a calcular o desfecho que suas atitudes terão (...)".

determinada a estes e, estabelecimento para cumprimento da pena efetivado por um programa de reeducação social, intelectual e profissional.

Domingos argumenta que a redução da maioridade penal para os dezesesseis anos, será um incentivo para o adolescente, pois irá ensiná-lo a entender a vida como ela realmente é, dando oportunidade a este de discernir o significado de liberdade de conduta⁸⁴. Para isto, o Código Penal teria que usufruir um papel paternal social – deixando de lado a finalidade para qual fora elaborado: tipificar condutas tidas como crime e aplicar-lhes sanções –, devendo portanto, servir como educador de crianças e adolescentes, estabelecendo penas a estes como um meio de ensinamento, pois através de uma legislação mais severa, o jovem aprenderá a discernir sobre sua conduta⁸⁵.

Contudo, deve-se mencionar aqui que, não é colocando um indivíduo em uma espécie de prisão – independente de ser menos rigorosa do que as destinadas aos maiores de dezoito anos –, privando-o de sua liberdade, amigos, família, convívio social e mais, da sua infância e adolescência, é que o ensinará a gravidade e consequência de seus atos ao desviar-se para o caminho da delinquência.

Vê-se desta maneira que, a despeito do esforço da Proposta de Emenda Constitucional nº 171/1993, bem como de seus pseudofundamentos, não existem justificativas/argumentos concretos de que a redução da maioridade/inimputabilidade penal para a idade de dezesesseis anos será eficaz para a redução de delinquência praticada por menores. Ainda, não há dúvidas de que a inserção de adolescentes infratores em cadeias e/ou presídios, não se mostra uma saída aceitável, pois se trata de pessoas em desenvolvimento – físico e principalmente, psicológico – e, além de que, de acordo com o julgamento recente do STF⁸⁶ o Sistema Carcerário atual é um "Estado Inconstitucional de Coisas", ou seja, existe um "quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas"⁸⁷.

⁸⁴ "(...) Enquanto não se ajuda o jovem com mais de dezesesseis anos a entender a vida como ela realmente é, dando-lhe oportunidade de discernir o que é a liberdade de conduta e a disciplinar os seus limites, a prostituição infantil continuará prosperando, os filhos da delinquência, continuação a ser uma realidade crescente (...)".

⁸⁵ "(...) Caso não se contenha o engano que ainda subsiste, talvez nos venha a ser difícil calcular que tipo de pais teremos nos próximos cinco ou dez anos, quando já não apenas teremos que nos preocupar com a reabilitação de jovens, mas já estaremos vendo as idades menores contaminadas e o pavor em nossas ruas, escolas e residências marcando indelevelmente a vida nacional (...)".

⁸⁶ Medida Cautelar na ADPF 347, STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

⁸⁷ "O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural". Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

Assim, verifica-se que a Proposta em análise aparentemente, possui o intuito de atender ao tal do "Populismo Penal Midiático"⁸⁸ – interferência da mídia em cima das questões da violência –, tentando mostrar à população – que em sua maioria desconhece o Estatuto da Criança e do Adolescente, como também a Lei 12.594/2012 – que há punição, independente da forma/modo em que é realizada.

⁸⁸ O populismo penal midiático e sua forma vingativa de punir. Disponível em: < <https://tinyurl.com/y8vhukvz> >. Acesso em: 13 nov. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de evolução constitucional contou com a instituição de sete Cartas Magnas, sendo a última a Constituição Federal de 1988 – que se encontra vigente até a atualidade – a única que se trouxe em seus dispositivos um olhar protetor a criança e ao adolescente, insculpindo direitos e garantias fundamentais a estes, bem como definindo em caráter de cláusula pétrea - por ser um direito fundamental de acordo com o artigo 60, §4º, inciso IV da CF - a inimputabilidade penal em dezoito anos de idade.

Em que pese as constituições anteriores, em quase nada tutelaram os menores de idade, algumas – por exemplo, Constituições de 1934 e 1946 – preocuparam-se apenas em proteger o nascituro, o direito ao trabalho e a idade mínima para ele, bem como previu serviço de assistência aos infantes. Quanto ao adolescente infrator e a prática de atos infracionais, nenhuma das legislações vigentes anteriores à atual estabeleceu qualquer respaldo a eles, contudo, a legislação especial – Código Penal de 1940 – em contrapartida, às Cartas Magnas, estabelecia a inimputabilidade penal em dezoito anos.

Outra legislação especial, instituída em 1979 voltada exclusivamente aos menores de idade conhecida como Código de Menores, estabeleceu medidas protetivas aos infantes não se atentando contudo, aos praticantes de ato infracional. Dessa forma, passou-se a considerar os menores de idade pobres, abandonados, infratores e os que possuíam qualquer espécie de irregularidade social inseridos no mesmo plano, aplicando-se a todos as mesmas medidas – quais sejam retirá-los da sociedade pois eram tidos como doentes sociais. Assim, não apenas o menor infrator tinha sua liberdade restrita, como também os demais infantes, havendo assim a criminalização da pobreza.

Contudo, a Constituição Federal de 1988 juntamente da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança de 1989 – que passou por um longo processo de elaboração de dez anos –, baseando-se na Doutrina da Proteção Integral, visou tutelar a criança e o adolescente em sua totalidade, servindo de inspiração para o Estatuto da Criança e do Adolescente, que ficou conhecido como a versão brasileira da Convenção citada, uma vez que ratificou em sua integralidade os Princípios da Prioridade Absoluta e do Superior Interesse do Menor – também abordados nesta e também, na CF.

Sendo assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente ao adotar a Doutrina da Proteção, buscou proteger as crianças e adolescentes que se encontram com seus direitos violados, insculpindo a família, a sociedade e ao Estado o dever de garantir aos infantes os

direitos e garantias que lhes incumbem e estabelecer tratamento diferenciado aos infratores, buscando sociabilizá-los por meio das medidas de proteção e socioeducativas.

Em contrapartida as proteções explanadas, em 1993 foi elaborada a Proposta de Emenda Constitucional nº 171 com o intuito de alterar o artigo 228 da Constituição Federal atual, passando-se a inimputabilidade penal de dezoito anos, para a idade de dezesesseis anos. Assim, a referida PEC apresenta um rol de argumentos/justificativas que ensejaram a sua elaboração, os quais foram objetos de análise na presente pesquisa através da comparação de seus contrapontos.

Assim, após a apreciação dos pontos e contrapontos dos argumentos ensejadores da PEC 171/1993, pode-se verificar que a redução da maioridade penal não é a melhor medida a se buscar, quando se almeja a redução da prática de atos infracionais ou inserção de adolescentes nesta, uma vez que quanto ao caráter biopsicológico notou-se que a idade de dezoito anos foi determinada de acordo com a capacidade de absorver o objetivo das medidas socioeducativas, sem prejudicar a estrutura psicológica dos infantes, que encontram-se em desenvolvimento até a referida idade.

Da mesma forma, quanto a ideia de não punição ao adolescente que pratica ato infracional, conclui-se que tal concepção é falsa, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seus artigos 101, 105 e 112, medidas a serem aplicadas aos infratores, bem como a Lei 12.594/2012 regulamenta a execução das medidas socioeducativas aplicadas aos maiores de doze anos e menores de dezoito anos. Já no que se refere ao aliciamento de crianças e adolescentes, bem como a organização destas quadrilhas criminosas, mostrou-se que com a redução da maioridade penal implicará no recrutamento de infantes cada vez mais cedo.

Quanto a ideia de que ocorrendo a redução da maioridade penal para dezesesseis anos, os adolescentes iriam se conscientizar e criar uma espécie de receio quanto a prática de atos infracionais, restou-se certo que tal medida quedar-se-á ineficaz, uma vez que a existência de tipificação não evita a prática de delitos de forma geral, uma vez que os maiores de dezoito anos possuem – teoricamente, por causa da restrição da sua liberdade, ressaltando-se o período de três anos que o infrator pode permanecer cumprindo uma medida socioeducativa, cuja a pena no Código Penal é inferior – uma sanção/punição mais severa e não se eximem da prática e reincidência de delitos.

Ademais, o Código Penal não possui a finalidade de impedir crimes, mas sim tipificá-los estabelecendo penas aos que o cometem, não cabendo a este a responsabilidade de ensinar/ educar os indivíduos quanto a ilicitude de suas condutas. Por fim, importante sempre

lembrar que a Constituição Federal prevê em seus artigos 227 e 228, direitos fundamentais as crianças e adolescente, encontrando-se neste último a inimputabilidade penal, sendo portanto, cláusula pétrea não passível de modificação/alteração, nem por Emenda Constitucional, de acordo com o estabelecido no artigo 60, §4º, inciso IV, da Carta Magna mencionada. Assim, a aprovação da PEC 171/1993 resultaria em uma inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras**, Vol. II (1891). Brasília/DF: Senado Federal, 3ª edição, 2015.

BRANDÃO, Fábio Resende. BUDEL, Gesler Luis. **Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei nº 12.594/12 (SINASE)**. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/116858/3201188/ECA+e+SINASE.pdf/021a623a-d151-4207-a963-6e72bc74a794?version=1.1>>. Acesso em: 24 out. 2018.

CHILDFUND BRASIL. **ECA: conheça o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <<https://www.childfundbrasil.org.br/blog/eca-estatuto-da-crianca-e-adolescente/>>. Acesso em: 24 out. 2018.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **A Proteção à Criança nas Constituições Brasileiras: 1824 a 1969**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/390>>. Acesso em 19 out. 2018.

FONSECA, Júlia Brito. **Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <<https://juliabr.jusbrasil.com.br/artigos/155146196/codigo-de-menores-e-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente>>. Acesso em: 23 out. 2018.

FREITAS, Daniele. **Princípio do Melhor Interesse da Criança**. Disponível em: <<https://danielecsf.jusbrasil.com.br/artigos/198144998/principio-do-melhor-interesse-da-crianca>>. Acesso em: 24 out. 2018.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes (org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente, Aspectos Teóricos e Práticos**. SaraivaJur, 10ª Edição, 2017.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras**, Volume I, 1824. Brasília/DF: Senado Federal, 3ª Edição, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Editora Forense, 2014.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e Responsabilidade Penal, da indiferença à proteção integral**. Livraria do Advogado Editora, 5ª Edição, 2016.

SILVA, André Ribeiro Molhano. et al. **Princípio do Melhor Interesse do Menor**. Disponível em: <<http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29390/principio-do-melhor-interesse-do-menor>>. Acesso em: 24 out. 2018.